

## **El TS confirma la doctrina relativa a la eficacia de la nulidad sobrevenida de instrumentos de planeamiento urbanístico sobre recursos de casación pendientes**

**Telefónica Móviles España interpone recurso de casación frente a la sentencia que confirmó la resolución del Cabildo Insular de Gran Canaria que resolvió no autorizar la calificación territorial solicitada para la legalización de estación base de telefonía móvil, planteando como cuestión a resolver el alcance de la declaración de nulidad del PGOU durante la pendencia del recurso de apelación que confirma la sentencia apelada fundada en la aplicación de dicho instrumento de planeamiento entonces en vigor.**

La cuestión suscitada ha sido resuelta en reciente sentencia de la Sala que fijó doctrina en el sentido de que la declaración de nulidad de un instrumento urbanístico durante la pendencia de un recurso contra sentencia fundada en la aplicación de dicho planeamiento tiene plenos efectos para la resolución del recurso. La aplicación de dicha doctrina al presente caso supone la estimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia recurrida, ordenando la Sala la retroacción de las actuaciones para que el Tribunal de instancia resuelva la controversia analizando la normativa aplicable en materia urbanística y de ordenación de las infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 5

Fecha: 29/09/2022

Nº de Recurso: 8112/2021

Nº de Resolución: 1222/2022

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: ANGEL RAMON AROZAMENA LASO

Tipo de Resolución: Sentencia

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso**

#### **SENTENCIA**

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 8112/2021, interpuesto por la entidad Telefónica Móviles España, S.A., representada por la procuradora de los Tribunales D<sup>ª</sup>. Carmen Ortiz Cornago, bajo la dirección letrada de D. Felipe Jesús Charlen Cabrera, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 12 de mayo de 2021, confirmatoria en apelación (recurso núm. 167/2019) de la de 6 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas (procedimiento ordinario núm. 127/2017) deducido frente a resolución de 3 de febrero de

2017 del Cabildo Insular de Gran Canaria, sobre denegación de la calificación territorial solicitada para la legalización de una estación de telefonía móvil.

Ha sido parte recurrida, el Cabildo Insular de Gran Canaria, representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, D. Antonio Miguel Cobos Bäckström.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el recurso de apelación núm. 167/2019 seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 12 de mayo de 2021, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: Desestimamos el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A" contra la Sentencia de fecha 6/03/2019, recaída en los autos procedentes del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, correspondientes al recurso contencioso-administrativo procedimiento ordinario nº 127/2017; y, en consecuencia, se confirma dicha resolución judicial. Con imposición de las costas procesales a la parte apelante".

SEGUNDO.- La representación procesal de Telefónica Móviles España, S.A., presentó con fecha 27 de septiembre de 2021 escrito de preparación del recurso de casación.

TERCERO.- Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 4 de noviembre de 2021, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, el Cabildo Insular de Gran Canaria, parte recurrida, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo, formulando en su escrito de personación presentado el 10 de noviembre de 2021, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 LJCA; asimismo, Telefónica Móviles España, S.A., parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante su escrito presentado el 14 de diciembre de 2021.

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 LJCA acordó, por auto de fecha 20 de enero de 2022:

" 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 8112/21, preparado por la representación procesal de la entidad "TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A." contra la sentencia -12 de mayo de 2021- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria (Sección Segunda), por la que se desestima el recurso de apelación nº 167/19.

2º) Precisar que la cuestión que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el alcance de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico -en este caso, el PGOU de Arucas por sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/18)- durante la pendencia de un recurso, en este caso de apelación, que confirma la sentencia apelada fundada en la aplicación de dicho instrumento de planeamiento entonces en vigor.

3º) Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial".

QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 27 de enero de 2022 se comunicó a la representación procesal de Telefónica Móviles España, S.A., parte recurrente, la apertura del plazo de treinta días

para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 8 de marzo de 2022 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y acaba suplicando:

"se tenga por interpuesto el recurso de casación admitido mediante Auto de 20 de enero de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, y, en mérito a lo alegado, se estime íntegramente el referido recurso, con los siguientes pronunciamientos:

a) Se fije la interpretación de las normas estatales sobre las que se consideró necesario un pronunciamiento, en el sentido que se ha expuesto en el presente escrito.

b) De conformidad con la referida interpretación, se anule y deje sin efecto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia anulando y dejando sin efecto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de mayo de 2021, recaída en el Recurso de Apelación nº 167/2019, así como la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Las Palmas, de fecha 18 de septiembre de 2017, - Recurso ordinario nº 426/2014-, que había sido objeto de Recurso de Apelación, estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de fecha 2 de febrero de 2017, y número 54/2017, dictada por la Consejera del Área de Política Territorial del Cabildo Insular de Gran Canaria, en el expediente CT 53114/15, y declarando el derecho que asiste a mi representada a la concesión de la Calificación Territorial solicitada, de acuerdo con el Suplico de la demanda cursada en instancia.

c) Con carácter subsidiario del anterior pronunciamiento, suplicamos que por el Tribunal Supremo se anule y deje sin efecto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de mayo de 2021, recaída en el Recurso de Apelación nº 167/2019, así como la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Las Palmas, de fecha 18 de septiembre de 2017, - Recurso ordinario nº 426/2014-, que había sido objeto de Recurso de Apelación, y se ordene la retroacción de actuaciones a fin de que por la Sala de instancia se resuelva la controversia de acuerdo con la doctrina fijada en la presente sede casacional.

d) Se impongan la Administración demandada las costas procesales de la primera instancia con anulación de las de la apelación y se impongan las referidas a este recurso de casación a las partes que se opongan al mismo en aplicación el art. 93.4 de la citada Ley."

Deben subsanarse aquí los errores de cita advertidos en dicho suplico y entender que se refiere a la sentencia de 6 de marzo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas (procedimiento núm. 127/2017) y no a una sentencia de 18 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Las Palmas (recurso contencioso-administrativo núm. 426/2014).

SEXO.- Por diligencia de ordenación de fecha 9 de marzo de 2022, se concedió el plazo de treinta días al Cabildo Insular de Gran Canaria, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 28 de abril de 2022, en el que tras formular los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, y acabó solicitando se desestime el recurso, declarando no haber lugar al mismo, con imposición de costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 3 de junio de 2022 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 20 de septiembre de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia el 12 de mayo de 2021, confirmatoria en apelación (recurso núm. 167/2019) de la de 6 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas, que desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 127/2017 deducido por Telefónica Móviles frente a la resolución de 3 de febrero de 2017 del Cabildo Insular de Gran Canaria que resolvió no autorizar la calificación territorial solicitada para la legalización de estación base de telefonía móvil en el denominado Pasaje La Palmera, s/n, El Picacho, en el término municipal de Arucas. Dice la sentencia de apelación:

<<PRIMERO.- La sentencia objeto de apelación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Cabildo Insular de Gran Canaria de fecha 2/02/2017 por la que se deniega la calificación territorial para legalización de estación base de telefonía móvil en el lugar conocido como pasaje La Palmera s/n, El Picacho (t.m. Arucas).

La sentencia aborda con carácter previo la impugnación indirecta que se hace del PGOU Arucas (artículo 235) al no permitir la ubicación de la estación de telefonía móvil en el lugar donde se encuentra y entender la demandante que dicha prohibición resulta contraria al PTE, con superioridad jerárquica al PGO. Sin embargo, la Juez valora la circunstancia de que dicho PTE se está tramitando y aún no ha sido aprobado y por ello, el PGO de Arucas no contraviene ningún planeamiento superior.

A continuación, entra a examinar si el PTE de Ordenación de Infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones en la isla de Gran Canaria, aprobado provisionalmente, y que modifica el PIO de Gran Canaria, debe aplicarse a la hora de valorar la procedencia de la Calificación Territorial, dejando sin contenido el PGO de Arucas, que en este punto resulta contradictorio por cuanto no prevé la ubicación de la estación en el espacio en que está ubicada, mientras que el PTE sí permite la instalación cuya legalización se pretende, y ello porque ésta' norma aún no ha sido aprobada definitivamente y genera dudas sobre si su contenido es aplicable, cuestión ésta que ambas partes reconocen si bien el Cabildo manifiesta que si bien, una vez aprobado, podría legalizarse, en tanto no se apruebe no es posible debiendo aplicarse la normativa vigente, en este caso el PGO de Arucas.

Y tras examinar la normativa existente, la Juez declara lo siguiente: "El suelo donde se ubica la estación de telefonía móvil se clasifica como suelo rústico de protección natural. La zona es un B.a.2. según el PIO, y conforme a éste podría ubicarse la estación de telefonía móvil. También el PTE en tramitación la ve como zona preferente para la instalación de la estación.

Sin embargo, el artículo 253 del PGO de Arucas señala qué zonas en concreto permiten la ubicación de infraestructuras de telecomunicaciones, y en concreto, la que corresponde al lugar donde se ubica no tiene permitida su ubicación, por lo que no es legalizable".

Finalmente, tras traer a colación la STSJC 172/2011 (rec. 91/2011) concluye que los Cabildos Insulares deben aplicar las normas de los PGOU aunque entren en colisión con las normas del PIOT modificando el criterio de la jerarquía normativa que la Administración pública venía aplicando. Y que en el presente caso sería admisible la legalización si la CT tuviese como única base normativa la aplicación del PIO, y en concreto, los aspectos afectados por el PTE-33, aunque éste no estuviera definitivamente aprobado. Pero aquí también se aplica el PGOU de Arucas, cuyas directrices no permiten la actuación cuya legalización se pretende, dado que no es aplicable un criterio de jerarquía normativa. Sólo cuando el PTE-22 en trámite sea firme y en vigor, cuyo artículo 12.1 señala que deberá modificarse la normativa de planeamiento para adaptarla a dicho plan, podrá legalizarse".

En el fundamento de derecho segundo recuerda la naturaleza del recurso de apelación. Y:

"TERCERO.- Aplicando lo anterior al presente caso se observa que el recurso de apelación adolece del contenido propio que se le exige, al reiterar los argumentos utilizados por la demandante en su escrito de demanda y obviar los razonamientos realizados en la sentencia .por la que se desestima su pretensión, salvo su discrepancia con tal explicación.

La Juez a quo no incurre en omisión, dando respuesta a todas las cuestiones que fueron planteadas contra el acto administrativo impugnado. Así, el PTE, al no estar aprobado definitivamente, no puede entrar en contradicción con el PGOU, al no estar en vigor.

Como bien dice la Juzgadora, el PTE de ordenación de las infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones en la isla de Gran Canaria, aprobado provisionalmente, y que modifica el PIO de Gran Canaria, si bien permite la legalización de la estación base de telefonía, no puede aplicarse al no estar en vigor, de modo que debe aplicarse el PGOU de Arucas, el cual no permite este tipo de instalaciones en el concreto lugar en que está ubicado.

Con ello da respuesta a la cuestión aquí debatida siguiendo el criterio que esta Sala ya ha establecido al respecto.

En efecto, en relación con la incidencia que puede tener la no aprobación del Plan Territorial Especial de Ordenación de Infraestructuras e Instalaciones de Telecomunicación, a que se remite el Plan Insular y cuyo plazo de aprobación ha sido ampliamente rebasado, sin que el Cabildo Insular haya cumplido tal exigencia legal, este Tribunal ha resuelto la cuestión distinguiendo dos situaciones, según que el planeamiento municipal vigente permita o prohíba la instalación de este tipo de infraestructuras.

Así, por su similitud con el presente caso, traemos a colación la STSJC nº 89/2014, de 23 de abril de 2014 (rec. 39/2013):

"Cuando tales instalaciones están prohibidas o no autorizadas en el planeamiento municipal o insular, llegamos a la conclusión de que no puede concederse la calificación territorial. Lo expone así nuestra sentencia de 14 de marzo de 2012 recurso 332/2011: "No estamos aquí ante un supuesto de ausencia absoluta de regulación como ocurría en los casos que cita la parte apelante sino ante una remisión expresa establecida por el Plan Insular (artículo 2.2.3.7, apartado B.5), letra d) a un Plan Territorial Especial para la autorización de esta clase de instalaciones, de modo que la inexistencia del Plan Territorial Especial, determina, por aplicación directa del Plan Insular, la prohibición. En el caso, la pasividad de la Administración puede tener consecuencias pero no puede convertir en lícito lo ilícito.

En relación con el motivo aducido nos hemos pronunciado, entre otras, en la Sentencia de esta Sala y Sección de 3 de junio de 2008, (rec. 309/2005 ) en la que decíamos: "En el caso, el uso que se pretende está prohibido por el planeamiento, lo que deja zanjada la cuestión, pues nunca será posible otorgar una Calificación Territorial en relación a un uso prohibido por el planeamiento vigente.

Ni el PIO de Gran Canaria, ni la tramitación de un Plan Territorial de Infraestructuras e Instalaciones de Telefonía Móvil en Suelo Rústico aún no aprobado definitivamente, en fase de redacción, precisamente en cumplimiento de lo previsto en el Plan Insular, que remite a dicho Plan Especial lo que se refiere a ubicación de antenas, autorizan el uso prohibido por el planeamiento municipal".

Por el contrario, cuando tales instalaciones están previstas o permitidas en el planeamiento municipal o insular, no puede oponerse la inexistencia del mencionado Plan Especial. Lo razonamos así en las sentencias de 10 enero 2013 (Recurso 30/2012 ) y 10 de mayo de 2013 (recurso 211/2012 ):

"En primer lugar, parece ser que la denegación se fundamenta en la ausencia de Plan Territorial Especial de Ordenación de las Infraestructuras, que está pendiente de redacción por el propio Cabildo Insular. Es decir, se admite que en la zona Ba2 del PIOT el uso pretendido es un uso compatible, pero se opone la inexistencia de Plan.

Tal afirmación que con carácter general no es admisible pues supondría una prohibición absoluta e indefinida de un uso que es admitido por el PIOT en distintas zonas de la Isla. Esta forma de aplicar la norma representa, de hecho, una imposibilidad absoluta de instalar esta clase de antenas, en tanto el Cabildo Insular no tramite y apruebe el Plan especial, previsto desde hace una decena de años. (...)"

Y la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida para desestimar el recurso de apelación se concreta en su fundamento de derecho cuarto, cuyo tenor literal es el siguiente: "CUARTO.- En definitiva, por aplicación de lo expuesto, y dado que en el caso objeto de esta apelación el PGOU de Arucas sí prohíbe expresamente la ubicación de este tipo de instalaciones en el lugar en que se encuentra, su regulación es la que debe prevalecer, y por tanto, no procede otorgar la Calificación Territorial".

Y, como se ha anticipado al transcribir el fundamento de derecho tercero, en cuanto a la alegación de la apelante sosteniendo la aplicación al caso del Plan Territorial Especial de Ordenación de las Infraestructuras e Instalaciones de Telecomunicaciones (PTE), que avalaría la instalación en cuestión en el lugar en el que se ubica, la sentencia recurrida, confirmando lo declarado al respecto por la sentencia apelada, reitera que dicho PTE, "al no estar aprobado definitivamente, no puede entrar en contradicción con el PGOU, al no estar en vigor".

SEGUNDO.- La preparación y admisión del recurso de casación; la cuestión que presenta interés casacional.

La representación procesal de Telefónica Móviles España, S.A. preparó recurso de casación, admitido por Auto de 20 de enero de 2022 en el que se declara que el interés casacional objetivo consiste en determinar el alcance de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico (en este caso, el PGOU de Arucas por sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020, RCA 7143/2018) durante la pendencia de un recurso, en este caso de apelación, que confirma la sentencia apelada fundada en la aplicación de dicho instrumento de planeamiento entonces en vigor.

Considera que la norma jurídica que en principio será objeto de interpretación es el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Y reseña dicho auto que esta Sala ha dictado recientemente la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2021, por la que se estima el recurso de casación núm. 7945/2020 dando respuesta a la cuestión de interés casacional aquí suscitada en el sentido de que "resulta admisible la aportación en sede de recurso de apelación de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que resulte de su aplicación al caso".

TERCERO.- Examen del recurso de casación.

A) Cronología de los hitos procedimentales de este asunto.

- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas dictó sentencia en fecha 6 de marzo de 2019 en el procedimiento ordinario núm. 127/2017.

- Telefónica Móviles España, S.A. interpone recurso de apelación contra la anterior sentencia el 2 de abril de 2019, al que se opone el Cabildo de Gran Canaria el 14 de mayo de 2019.

- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, dictó en fecha 12 de mayo de 2021, sentencia desestimatoria del recurso de apelación (núm. 167/2019).

De ambas sentencias se hace amplia reseña en el anterior fundamento de derecho primero.

- En fecha 7 de julio de 2021, Telefónica Móviles España, S.A. solicitó la subsanación y complemento de la sentencia de 12 de mayo de 2021 desestimatoria de la apelación, haciendo ya en su escrito

referencia a la STS de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/2018), por la que se anulaba el Plan General de Arucas de 2014.

- Por la misma Sala se dictó auto de 1 de julio de 2021 que acordaba no haber lugar a la subsanación y complemento solicitado por Telefónica Móviles España, S.A.
- Telefónica Móviles España, S.A. presentó con fecha 27 de septiembre de 2021 escrito de preparación del recurso de casación.
- En fecha 4 de noviembre de 2021, la Sala reseñada del Tribunal Superior de Justicia dictó auto admitiendo el recurso de casación y emplazando a las partes a comparecer en este Tribunal Supremo.
- Por auto de fecha 20 de enero de 2022, la Sección Primera -Sección de admisión- de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo admitió el recurso de casación.

B) El recurso de casación.

Como hemos anticipado la sentencia recurrida desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria que desestimaba el recurso interpuesto contra la resolución de fecha 2 de febrero de 2017 y número 54/2017, dictada por la Consejera del Área de Política Territorial del Cabildo Insular de Gran Canaria, en el expediente CT 53114/15, que decide no autorizar la Calificación Territorial solicitada para la legalización de la estación base de Telefonía Móvil, situada en el lugar conocido como Pasaje de la Palmera, s/n, El Picacho, ubicada en el Término Municipal de Arucas.

Como sostiene la recurrente en casación, Telefónica Móviles España, S.A., la sentencia dictada en apelación se funda en la prevalencia del Plan General de Ordenación de Arucas -que ha sido declarado nulo por la STS de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/2018)- frente al Plan Territorial Especial de Ordenación de las Infraestructuras e instalaciones de Telecomunicación en la Isla de Gran Canaria (PTE-33), confirmando el criterio de la sentencia dictada por el órgano a quo, -cuando aún se encontraba en vigor el Plan General de Ordenación de Arucas-, y desconociendo que el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria, confería eficacia ejecutiva a las determinaciones de sus Instrumentos de ordenación y desarrollo, siempre que hubiera sido aprobado al menos el avance, de modo que el acto de ejecución remitido a planeamiento podrá llevarse a cabo aunque el instrumento de ordenación a que se refiera la remisión no haya sido definitivamente aprobado, habilitando por lo tanto la aplicación del PTE-33, al estar aprobado provisionalmente.

En el caso, se tramita una legalización mediante Calificación Territorial de una Estación Base de telefonía, cuya exacta ubicación coincide con el emplazamiento fijado por el PTE-33, después de la más exhaustiva valoración ambiental y sectorial propia de un instrumento de ordenación específicamente destinado a planificar la ubicación de Infraestructuras de Telecomunicaciones en suelo rústico, y sin embargo, resulta desestimada por la Administración porque considera que debe prevalecer el criterio del Plan General de Ordenación de Arucas, que contempla una ubicación en diferente emplazamiento, desconociendo la previsión expresa del Plan Insular de Ordenación que confiere eficacia a su propio PTE-33, dado que se encontraba aprobado provisionalmente.

Desde el punto de vista de la eficacia y de la jerarquía, dicha decisión implicaba que la Estación Base debería trasladarse del emplazamiento que ocupa en la actualidad al previsto por el PGO de Arucas, para una vez aprobado definitivamente el PTE-33, y en su condición de instrumento superior jerárquico y especialmente concebido para evaluar la ubicación de Infraestructuras de Telecomunicaciones en suelo rústico, volverlo a trasladar a su ubicación precedente, con enorme coste en términos de recursos y de calidad en la prestación del servicio de interés general.

Con todo, sostiene Telefónica Móviles España, S.A. que durante la tramitación del recurso de apelación, el Plan General de Arucas, fue declarado nulo, y por lo tanto, dado su efecto ex tunc,

desaparece del orbe jurídico, por lo que la ratio decidendi que motiva la sentencia de instancia, en puridad había desaparecido cuando es confirmada en sus mismos términos por la sentencia de apelación que confirma la aplicación del PGO de Arucas, cuando ya no existía.

Efectivamente, la sentencia recaída concreta su ratio decidendi en el siguiente razonamiento,

"La juez a quo no incurre en omisión, dando respuesta a todas las cuestiones que fueron planteadas contra el acto administrativo impugnado. Así el PTE, al no estar aprobado definitivamente, no puede entrar en contradicción con el PGOU, al no estar en vigor.

Como bien dice la Juzgadora, el PTE de Ordenación de Infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones en la isla de Gran Canaria, aprobado provisionalmente, y que modifica el PIO de Gran Canaria, si bien permite la legalización de la estación base de telefonía, no puede aplicarse al no estar en vigor, de modo que debe aplicarse el PGOU de Arucas, el cual no permite este tipo de instalaciones en el concreto lugar en que está ubicado".

C) La oposición al recurso de casación.

El Cabildo de Gran Canaria opone que la recurrente, en síntesis, defiende que al haber sido declarado nulo el Plan General de Ordenación de Arucas del año 2014, tiene el derecho a obtener la autorización urbanística pedida (calificación territorial para la legalización de una estación de telefonía móvil) al deber de aplicar únicamente lo previsto en un plan territorial especial y no aprobado definitivamente ya que sólo se encuentra aprobado de forma provisional. Concretamente el Plan Especial de Ordenación de Instalaciones e Infraestructuras e Instalaciones de Telecomunicaciones de Gran Canaria.

Sin embargo, la recurrente se olvida, dice el representante del Cabildo de Gran Canaria, de que tanto la sentencia dictada por el juzgado como la sentencia ahora recurrida niega que tenga ese derecho a legalizar su estación de telefonía móvil, por no ser compatible con el Plan General de Ordenación de Arucas del año 2014, lo que significa que una vez anulado este y apartado del ordenamiento jurídico entra automáticamente en vigor el anterior, en este caso son las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Arucas que fueron aprobadas definitivamente el 22 de febrero de 1984 (BOP de las Palmas de 11 de abril de 1984), que al igual que Plan General municipal anulado del año 2014, es incompatible con la legalización de la estación de telefonía móvil que pretende el actor y, por ello, no puede prosperar su petición que le sea concedida la calificación territorial discutida.

D) La doctrina de la Sala sobre la cuestión de interés casacional.

El presente recurso de casación debe ser examinado y resuelto a la luz de la doctrina casacional que ya ha sido establecida.

Así, para fijar el alcance de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico - en este caso, el PGOU de Arucas por sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/2018)- durante la pendencia de un recurso, en este caso de apelación, que confirma la sentencia apelada fundada en la aplicación de dicho instrumento de planeamiento entonces en vigor, debemos acudir a la reciente STS de 1 de diciembre de 2021 (RCA 7945/2020) que considera:

"Resulta admisible la aportación en sede de recurso de apelación de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que resulte de su aplicación al caso".

Y para ello razona así:

<<SEGUNDO.- (...) Sin embargo, en otra línea argumental y en relación a la regla especial establecida en el art. 271.2, que permite la aportación de sentencias o resoluciones administrativas decisivas para



la resolución, ya sea en primera instancia o en cualquier recurso, se mantiene el criterio de la posibilidad de aportación de este tipo de documentos en casación. En este sentido, se razona claramente en auto de 4 de junio de 2014 (rec.1837/2013) que: "Entiende la Sala que no procede tal devolución pues la sentencia en cuestión ha sido aportada de conformidad con el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como excepción a la regla, admite que se presenten, entre otros documentos, sentencias de fecha posterior al momento de formular conclusiones cuando pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver "en cualquier recurso".

Es evidente que este precepto no limita el juego de la excepción a la instancia sino que permite aplicarla al recurso de casación ya que éste se halla incluido en esa expresión "en cualquier recurso", del artículo 271.2.

En cuanto a si la sentencia aportada es o no condicionante de la resolución del recurso de casación, será cuestión que deba decidir la Sala al deliberar al respecto. De momento, basta con decir que no es irrazonable pensar que pudiera serlo, con lo que se cumple el requisito legal."

Este criterio se reitera y reproduce con la misma claridad en auto de 18 de enero de 2017 (rec. 3621/2015); por otra parte, en auto de 20 de noviembre de 2017 (rec. 2459/16), tras diferenciar entre la regla general establecida en el art. 271.1 y la regla especial del número 2, se señala respecto de esta última, que una interpretación favorable a la aportación en segunda instancia, como excepción a la regla general ha de interpretarse en sentido estricto, es decir, únicamente respecto de los documentos que se citan y no otros de distinto contenido; en el mismo sentido se pronuncia el auto de 16 de enero de 2018 (rec. 854/2017), tras señalar que: "Las únicas excepciones son las dichas en el artículo 271.2 (que resulta plenamente aplicable a la fase de recurso de casación, como lo demuestra el hecho de que el precepto hable de "o en cualquier recurso"), y se refieren sólo a "sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular conclusiones"."

La aplicación de este criterio favorable a la posibilidad de aportar los documentos específicos a que se refiere el art. 271.2 LEC, no solo en la instancia sino también en vía de recurso, se refleja en numerosos recursos, como es el caso del auto de 17 de noviembre de 2015 (rec. 2555/14), relativo a la presentación de una Instrucción ministerial, según el cual: "el precepto aplicable es el artículo 271.2 de esa misma Ley 1/2000. Y de acuerdo con lo que en él se dispone, cabe presentar resoluciones de la autoridad administrativa siempre que puedan resultar condicionantes en cualquier clase de recurso. Documentos cuya presentación se admite, incluso, dentro del plazo para dictar sentencia.

La Sala, que viene haciendo una aplicación prudente de esta posibilidad, no ve razón para rechazar la presentación de este documento"; o el auto de 26 de enero de 2017 (rec. 1835/16) cuando señala que: "en relación exclusivamente con la sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de junio de 2016, aportada por la parte recurrente con su escrito de 7 de diciembre de 2016, al ser de fecha posterior al escrito de interposición del recurso de casación, la Sala considera procedente su admisión y unión a los autos, de conformidad con el artículo 271.2 LEC, sin prejuzgar el alcance y efecto de la citada resolución sobre los que se resolverá en su caso en la sentencia que dicte esta Sala"; y el auto de 17 de junio de 2021 (rec.2664/20), en el que se declara que: "Sin perjuicio de la valoración que en su momento haga la Sala auto de 30 de septiembre de 2020, dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-135-20, no se advierten razones para denegar su aportación al proceso. Todo ello conforme al artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Existe, por lo tanto, un criterio jurisprudencial que, interpretando el alcance del art. 271.2 de la LEC, entiende procedente la aportación de los documentos a que se refiere el precepto en vía de recurso, pero además, tal criterio se refuerza en supuestos como el presente en los que la sentencia aportada incide en la determinación de la norma aplicable para la resolución del recurso, como es el caso del

PGOU que debe tenerse en consideración para decidir sobre la solicitud de restablecimiento de la legalidad formulada por la recurrente.

Efectivamente, la anulación por sentencia judicial del PGOU de 2010 determina, según constante jurisprudencia, la reviviscencia del Plan anterior, en este caso de 1986, de manera que con la aportación de la sentencia anulatoria lo que se está planteando es la cuestión de elección de la norma aplicable y no la aportación de hechos o modificación de debate procesal y, por otra parte, la elección de la norma aplicable ha de efectuarse por el órgano jurisdiccional ( iura novit curia), con independencia de que se invoquen o no por la parte las normas que entiende de aplicación al caso.

En este sentido es significativa la sentencia de 3 de junio de 2020 (rec. 3654/17), que, aunque referida a las limitaciones del escrito de conclusiones, señala que:"el tribunal no puede quebrantar la neutralidad exigible frente a ambas partes introduciendo hechos distintos de los debatidos, mientras que, al contrario, en la elección o interpretación de la norma debe atenerse a la que resulte aplicable al asunto, haya sido o no invocada ( art. 218 LEC), pero siempre para aceptar o rechazar las pretensiones oportunamente deducidas."

Finalmente, la determinación de la norma aplicable al caso, en este supuesto el PGOU, tiene como primera premisa su vigencia, que debe examinarse por el órgano jurisdiccional, con independencia de las aportaciones de la parte, normativa vigente que, en este caso, era la ordenación urbanística de Marbella de 1986, como consecuencia de su reviviscencia al haber recaído sentencia de este Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2015, anulando el PGOU de 2010.

No puede prosperar frente a ello la alegación de la Administración recurrida -que también se refleja en el auto denegatorio de complemento de sentencia- en el sentido de que la anulación del PGOU por sentencia no resulta aplicable sobre las resoluciones administrativas, en este caso de disciplina urbanística, válidas y legalmente informadas bajo la vigencia de la norma, pues contrariamente a dicho planteamiento, la anulación de una disposición general, como dispone el art. 73 LJCA, no afecta a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que la hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, pero, por el contrario, ha de tenerse en cuenta para resolver sobre actuaciones administrativas impugnadas y pendientes de resolución judicial, que por lo tanto no han adquirido firmeza, resolución judicial que ha de ajustarse a la norma vigente y aplicable al caso>>.

En el presente recurso ya quedó reseñado que la STS de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/2018) anuló el PGO de Arucas de 2014 y dicha sentencia se dicta estando pendiente de resolver el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado núm. 2 de Las Palmas, aunque no se pudo aportar ni invocar en el recurso de apelación puesto que el mismo se interpuso el 2 de abril de 2019 -y la oposición al mismo es del 14 de mayo siguiente- y en consecuencia no existía dicha sentencia, aunque si la invoca Telefónica Móviles España, S.A. en el escrito de complemento y subsanación presentado el 7 de julio de 2021.

La doctrina casacional que se acaba de recoger es trasladable al presente asunto pues aquella anulación del PGO resultaba condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación.

E) Sobre la anulación del Plan impugnado.

En la citada STS de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/2018) se concluye que:

"Si durante la tramitación de un instrumento de ordenación urbanística se produce la anulación jurisdiccional firme del planeamiento que se encontraba vigente en el momento de la apertura del trámite de información pública, que había constituido el planeamiento vigente en el resumen ejecutivo sometido a dicho trámite, recuperando vigencia el planeamiento anterior de contenido distinto, resulta obligado reiterar el trámite de información pública con un nuevo resumen ejecutivo

que contemple esta circunstancia, sin que baste con la mera publicación a los solos efectos de general conocimiento de este nuevo resumen ejecutivo".

F) La decisión del recurso.

De conformidad, con la doctrina expuesta, como se anticipaba en el ATS de 20 de enero de 2022 admitiendo el presente recurso de casación, debe entenderse que la cuestión de interés casacional ya está resuelta. Y que estando pendiente el recurso de apelación se dictó la STS de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/2018) que anuló el PGO de Arucas.

Así, la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico -en este caso, el PGOU de Arucas por sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/2018)- durante la pendencia de un recurso, en este caso de apelación, que confirma la sentencia apelada fundada en la aplicación de dicho instrumento de planeamiento entonces en vigor, tiene plenos efectos para la resolución del recurso (ex artículo

47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

En consecuencia, y con remisión a las citadas SSTS de 14 de octubre de 2020 (RCA 7143/2018) y 1 de diciembre de 2021 (RCA 7945/2020), debemos estimar el recurso de casación y anular la sentencia recurrida, ordenando la retroacción de actuaciones para que por la Sala de instancia se resuelva la controversia conforme a la doctrina fijada y el análisis de la normativa aplicable en materia urbanística y de ordenación de las infraestructuras e instalaciones de telecomunicaciones.

CUARTO.- Sobre las costas.

Al estimarse el recurso de casación, y de acuerdo con los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y se deja sin efecto la imposición de las costas en la sentencia recurrida dictada en el recurso de apelación núm. 127/2019.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico tercero, apartado D:

Estimar el recurso de casación núm. 8112/2021, interpuesto por la entidad Telefónica Móviles España, S.A., contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 12 de mayo de 2021, confirmatoria en apelación (recurso núm. 167/2019) de la de 6 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas (procedimiento ordinario núm. 127/2017) deducido frente a resolución de 3 de febrero de 2017 del Cabildo Insular de Gran Canaria, con retroacción de las actuaciones a la Sala de instancia para que resuelva conforme a la doctrina fijada.

Con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.